

A juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes.

Rafael Véras de Freitas

Professor da Pós-Graduação em Direito do Estado e da Regulação da FGV Direito Rio, da Pós-Graduação em Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da Pós-Graduação de Direito Administrativo Empresarial da Universidade Cândido Mendes (UCAM) e da Pós-Graduação em Direito Administrativo do Curso Fórum. Especialista em Direito do Estado e da Regulação pela FGV e em Direito Administrativo Empresarial pela UCAM. Membro da Comissão Permanente de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro da Comissão de Energia Elétrica da OAB-RJ. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Sócio da área de Infraestrutura e Mineração do escritório Firmo, Sabino & Lessa Advogados.

Palavras-chave: Lei nº 12.846/2013. Lei Anticorrupção. Moralidade administrativa. Recursos públicos.

Sumário: Introdução – **1** O fundamento constitucional para a edição de uma Lei Anticorrupção – **2** A análise da juridicidade de inovações da Lei nº 12.846/2013 – Conclusões – Referências

Introdução

A corrupção tem o deletério efeito de propiciar a apropriação privada de recursos públicos que poderiam ser investidos na realização de inúmeras políticas funcionalizadoras de direitos fundamentais de que o País tanto carece — como, fundamentalmente, na prestação dos serviços de saúde, educação, segurança, transporte, alimentação e moradia. Em suma, contraria os objetivos de uma sociedade independente, justa, livre e solidária, que persegue o seu desenvolvimento.

Como já teve a oportunidade de asseverar um dos subscritores do presente, a corrupção “é a antítese da democracia, pois que, afinal, esta praga social nada mais é que a negação de ambas essas áureas regras civilizadoras — da antiga e da nova — daí a importância e a urgência de sua erradicação em nosso País, uma vez que uma democracia corrompida nada mais produz que um grotesco simulacro de justiça”.¹

¹ Vide MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Corrupção e democracia.

Trata-se de fenômeno social, diretamente, relacionado com a eficácia e a credibilidade da gestão pública, razão pela qual a sua proliferação propicia não só a redução de investimentos no País, como o agravamento das desigualdades sociais.

Com efeito, de acordo com o relatório da Federação das Indústrias de São Paulo (FIESP), estima-se que o custo médio da corrupção no Brasil varia de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB), o que vale dizer que os recursos públicos desperdiçados com essa prática ascendem de R\$50,8 bilhões a R\$84,5 bilhões por ano.

Para se ter ideia de grandeza, tais valores correspondem à verba investida, pelo Governo Federal, no Plano de Aceleração do Crescimento (PAC), entre os anos de 2007 e 2010, na implantação, manutenção e reestruturação de rodovias, ferrovias, aeroportos, portos e hidrovias.

Frente a essa alarmante mazela social, a agenda de ações anticorrupção no Brasil vem sendo levada a efeito em duas vertentes: *primo*, com a criação de mecanismos de prevenção, monitoramento e controle da corrupção na Administração Pública; e, *secundo*, com a redução da percepção de impunidade dos agentes envolvidos, o que se obtém por meio da edição de leis que reprimam, de forma rigorosa, as condutas atentatórias à probidade administrativa.

Nesse contexto, foi publicada, em primeiro de agosto do ano passado, a Lei nº 12.846/2013 (denominada Lei Anticorrupção), que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Todavia, tal diploma só começará a produzir efeitos em 29 de janeiro do corrente ano, tendo em vista a *vacatio legis* de 180 dias estabelecida pelo legislador.

O novel diploma tem como objetivo responsabilizar as corporações que financiam a prática de corrupção, incorporando diretrizes de diplomas normativos com eficácia transnacional,² tais como o *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*; o *UK Bribery Act*; a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA)³ e a Convenção sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).⁴

² Mas ressalte-se que a Lei nº 12.846/13 não é o primeiro diploma que tem por objetivo adequar a legislação brasileira às melhores práticas internacionais de combate à corrupção. Em 11 de junho de 2002, foi editada a Lei nº 10.467, que acrescentou o Capítulo II-A sobre os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira, ao Título XI do Código Penal (art. 337-B), tipificando, entre outros, o crime de corrupção ativa em transação comercial internacional: "Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado a transação comercial internacional".

³ De acordo com o art. II da referida Convenção, seus principais objetivos são: (1) promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção; e (2) promover, facilitar e regular a cooperação entre os Estados Partes a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício.

⁴ Em dezembro de 2007, a OCDE, após analisar as medidas tomadas pelo Brasil no combate à corrupção,

Lei com essa natureza se justifica no Brasil, especialmente em razão do elevado “Custo Regulatório” do País, assim considerado o internalizado pelas sociedades para fazer frente ao excesso de burocracia estatal (v.g., pela necessidade da obtenção das mais variadas licenças para o exercício de determinada atividade econômica, pela profusão de normas regulatórias que criam barreiras à entrada em diversos setores da economia, pela sobreposição de agentes fiscalizadores), pois, é ressabido que está no aumento da burocracia um forte fomento à corrupção.

A Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos) é um exemplo de como o excesso da burocratização efetivamente fomentou a corrupção. Esse diploma, que tinha o fim de combater a corrupção nos procedimentos licitatórios — editado no auge de uma crise institucional decorrente do impeachment do então Presidente Fernando Collor — teve o efeito reverso. O formalismo procedimental que orientou sua edição acabou engessando de tal forma as contratações realizadas pelo Poder Público que provocou a prática de atos de corrupção por entidades que participam de licitações, notadamente pelo pagamento de suborno a servidores públicos e pela formação de práticas colusivas (cartéis).⁵

Mas, por óbvio, não foi essa a única motivação do Congresso para editar uma Lei Anticorrupção para o Brasil, mas a dar uma resposta às manifestações populares ocorridas, por todo o País, no começo de junho do ano passado, claras demonstrações da ampliação juspolítica do conteúdo da cidadania, um consectário do conceito em construção de democracia participativa.⁶

Tal diploma ingressa no denominado “sistema legal de defesa da moralidade”, conformado pela Lei nº 8.429/1992 (Lei de combate à improbidade administrativa);⁷ pela parte penal da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (artigos 90 *et seq.*

recomendou a modificação da legislação pátria para o fim de responsabilizar as empresas que realizam o pagamento de subornos a agentes públicos (cf. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Relatório sobre a aplicação da Convenção sobre o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais e a Recomendação Revisada de 1997 sobre o Combate ao Suborno em Transações Comerciais Internacionais da OCDE de dezembro de 2007).

⁵ Sobre o tema, um dos subscritores do presente já teve a oportunidade de asseverar, em artigo específico sobre o tema, que: “a formação de cartéis nas licitações (*bid rigging*) ocorre nas mais diversas fases deste inter procedimental. Antes da instauração do certame, os competidores costumam realizar, em conluio, a fixação de preços artificiais, de maneira a impedir que a Administração contrate a preços de mercado, causando vultosos prejuízos para as entidades contratantes. Com essa conduta, os agentes econômicos violam, a um só tempo, os princípios da moralidade, competitividade e da economicidade dos procedimentos licitatórios. Ainda nesta etapa, os eventuais licitantes realizam o direcionamento privado das licitações, escolhendo, antecipadamente, qual agente irá sagrar-se vencedor nas próximas licitações”. Cf. FREITAS. O combate aos cartéis nas licitações: visando à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, p. 169-204.

⁶ MOREIRA NETO. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial, p. 85.

⁷ A lei trata dos chamados “atos de corrupção ativa”, diferentemente da Lei de Improbidade administrativa, que tem por objetivo a imposição de sanções ao agente público desonesto, ais quais, apenas, reflexamente, poderiam ser estendidas ao particular. Em termos coloquiais, enquanto a lei anticorrupção está preocupada com a “oferta” a lei de improbidade está preocupada com a “demanda”.

da Lei nº 8.666/1993); pela Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência); pela Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa); pelos artigos 312 *et seq.* do Código Penal, que disciplinam os crimes praticados contra a Administração Pública.

Nada obstante, a Lei nº 12.846/2013 se diferencia desses diplomas, sobretudo porque possibilita a responsabilização não apenas dos sócios, diretores e funcionários de determinada corporação, mas, também, a responsabilização, civil e administrativa, da própria pessoa jurídica (relevante inovação que será doravante abordada).

Em síntese, segundo o disposto em sua exposição de motivos, foi objetivo da Lei “a repressão aos atos de corrupção, em suas diversas formulações, praticados pela pessoa jurídica contra a Administração Pública Nacional e estrangeira. A administração aqui tratada é a Administração dos três Poderes da República, em todas as esferas de governo — União, Distrito Federal, estados e municípios —, de maneira a criar um sistema uniforme em todo o território nacional, fortalecendo a luta contra a corrupção de acordo com a especificidade do federalismo brasileiro”.⁸

Como o presente ensaio cuida dos aspectos jurídicos envolvidos, para tanto, percorrer-se-á o seguinte itinerário: inicialmente, será apontado o fundamento constitucional e principiológico para a edição de uma Lei Anticorrupção para o País; em prosseguimento, serão feitos comentários pontuais sobre as principais inovações trazidas pelo novel diploma — dentre as quais, a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, a instituição de uma responsabilidade solidária entre sociedades coligadas e consorciadas, a natureza jurídica e o regime jurídico das sanções administrativas e a previsão do acordo de leniência; e, ao final, serão apresentadas conclusões objetivas.

1 O fundamento constitucional para a edição de uma Lei Anticorrupção

A Constituição de 1988 prevê um rol de dispositivos que visam a assegurar a moralidade administrativa — entendida como espécie diferenciada da moral comum, porquanto congrega os conceitos de legitimidade política, proibidade administrativa e de finalidade pública — a saber: (1) o disposto em seu art. 37, *caput*;⁹ (2) a previsão da tutela da validade dos atos do Poder Público, por meio do ajuizamento

⁸ Exposição de Motivos do PL nº 6.826/2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetratamacao?idProposicao=466400>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

⁹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

de ação popular, na forma no art. 5º, inciso LXXIII;¹⁰ (3) o disposto no art. 85, inciso V,¹¹ ao categorizar a probidade na administração como valor jurídico inviolável pelo Presidente da República; e (4) o previsto no art. 37, §4º,¹² ao cominar com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível, os atos de improbidade administrativa.

Este princípio substantivo da moralidade administrativa informa vários institutos atinentes ao controle da Administração Pública, notadamente os que embasam o desempenho ético dos agentes políticos e administrativos.

Não obstante, para que se dê concretude ao princípio da moralidade administrativa, não se deve exercer o controle finalístico — interno e externo — das atividades administrativas exercidas, tão somente, por agentes do Estado. Atualmente, os mecanismos de controle dos atos violadores do princípio da moralidade administrativa, notadamente os relacionados aos atos de corrupção, se estendem aos agentes privados que financiem tais práticas.

Nesse particular, é lícito falar-se em eficácia exógena do princípio da moralidade administrativa. Em outros termos, embora os indivíduos não estejam compreendidos sob o princípio da legalidade administrativa — oponível tão somente à Administração Pública — a extensão dos efeitos *do princípio da moralidade administrativa aos particulares* — no âmbito da autonomia da vontade — está em conformidade com o Direito, ou seja, com o princípio da juridicidade.¹³

Some-se a isso o fato de que, reiterando, a corrupção propicia a apropriação privada de recursos públicos que deveriam ser investidos na prossecução de políticas funcionalizadoras de direitos fundamentais, e, por isso, em frontal violação aos objetivos elencados no art. 3º, incisos I, II, III e IV, da Constituição¹⁴ e, em última análise,

¹⁰ “Art. 5º [...] LXXIII - Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

¹¹ “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] V - a probidade na administração”.

¹² “Art. 37. [...] §4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

¹³ Um dos subscritores do presente já teve a oportunidade de definir juridicidade como: “O princípio da juridicidade, como já o denominava Adolf Merkl, em 1927, engloba, assim, três expressões distintas: o princípio da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade, para alhear-se como o mais importante dos princípios instrumentais, informando, entre muitas teorias de primacial relevância na dogmática jurídica, a das relações jurídicas, a das nulidades e a do controle da juridicidade O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um ‘princípio da legalidade’, se tomado em sentido amplo, ou seja, não se o restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica” (MOREIRA NETO. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial, p. 85).

¹⁴ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

a ser princípio capital da dignidade da pessoa humana, destacado em seu art. 1º, inciso III.

Deflui daí a constitucionalidade de um diploma normativo que tem por objeto justamente a repressão de condutas de agentes privados que fomentem a prática de imoralidades por servidores do Estado, estabelecendo sanções e instrumentos administrativos para a sua persecução.

A seguir será versada com pormenores algumas das mais relevantes inovações introduzidas.

2 A análise da juridicidade de inovações da Lei nº 12.846/2013

Os comentários pontuais que se seguem objetivam avaliar, à luz de conceitos do Direito Administrativo, a compatibilidade do novel diploma com o ordenamento jurídico nacional, por meio da análise pormenorizada, da juridicidade de alguns de seus dispositivos.

Por razões metodológicas, a processualística da persecução de atos de corrupção (prevista no Capítulo VI, artigos 18 *et seq.*, da Lei nº 12.846/2013) não será abordada, já que especialistas haverão de se manifestar sobre inovações e controvérsias que aflorarão, quando do ajuizamento das primeiras demandas judiciais aplicativas.

2.1 Da responsabilização objetiva das pessoas jurídicas por atos de corrupção

O art. 2º da Lei nº 12.846/2013 estabelece a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas por atos de corrupção, nos seguintes termos:

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Tal dispositivo, acompanhando a tendência de objetivação da responsabilidade civil e administrativa no ordenamento jurídico nacional, prevê que as corporações poderão ser sancionadas por atos de corrupção praticados por seus prepostos, independentemente da comprovação de dolo ou culpa. Ou seja: para fins de responsabilização, bastará que seja comprovado o ato de corrupção e o nexo de causalidade entre ele e conduta de qualquer representante das pessoas jurídicas envolvidas.

A *ratio* desse dispositivo é, claramente, fomentar que as pessoas jurídicas, elas próprias, instituem sistemas de controle sobre as condutas de seus agentes, de

sorte a que evitem a prática de atos violadores da moral administrativa, uma vez que lhes será impossível isentarem-se de eventual responsabilização alegando ausência de *culpa in vigilando*.

Não se trata, aqui, de inovação no ordenamento jurídico pátrio, na medida em que a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas já a tem sido adotada: como, por exemplo, no âmbito da legislação ambiental (art. 14, §1º,¹⁵ da Lei nº 6.938/1981 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente c/c art. 3º¹⁶ da Lei nº 9.605/1998) e nos artigos 932, inciso III, e 933, ambos do Código Civil:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...]

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; [...]

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, *ainda que não haja culpa de sua parte*, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. (grifos nossos)

Não obstante, releva sublinhar-se, que a responsabilidade objetiva não se confunde com a responsabilidade pelo risco integral.¹⁷

Sobre essa diferenciação entre a responsabilidade objetiva e responsabilidade pelo risco integral, confira-se Romeu Felipe Bacellar Filho:

Como já afirmado, o risco integral acolhe a idéia de que a mera comprovação da relação de causa e efeito (nexo causal) entre o evento danoso e a participação do Agente Público enseja a obrigação de reparação pelo Estado. Realmente, a evolução constitucional e doutrinária culminou por desenvolver o que hoje denominamos, no gênero, a Teoria do Risco, que acolhe duas espécies: a Teoria do Risco Integral e a Teoria do Risco Administrativo. Ambas adotam o princípio da responsabilização objetiva. A primeira consagra a responsabilização objetiva de modo integral, isto é, sem qualquer abrandamento e sem acolher qualquer tipo de excludente. A segunda, mais consentânea com a razoabilidade, é submissa à objetividade na responsabilização, mas aceita certas excludentes (culpa da vítima, força maior, caso fortuito). Assim sendo, é fácil depreender que o traço distintivo entre ambas as teorias se concentra no desprezo dedicado pela Teoria

¹⁵ “Art. 14. [...] §1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

¹⁶ “Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

¹⁷ Prevista nas seguintes hipóteses da Constituição: “Art. 21. Compete à União: [...] XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: [...] d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa”.

do Risco Integral a fatores circunstanciais (força maior e caso fortuito) e a um personagem cuja atuação pode ter sido nenhuma ou decisiva para a configuração do evento danoso: a vítima.¹⁸

Significa dizer que, se a pessoa jurídica acusada de atos de corrupção fizer prova de que não houve violação à ordem jurídica, ou de que tal evento não decorreu da conduta de seus representantes — rompendo o nexo de causalidade — não há que falar na aplicação das sanções previstas nos artigos 6º e 19 da referida lei. Mais que isso: caso se faça prova de que o ato de corrupção foi praticado em benefício de seu funcionário, ou fora ou exercício de suas funções laborais, não há que se cogitar de responsabilização.

Malgrado a responsabilidade da pessoa jurídica seja objetiva, os seus dirigentes ou administradores só poderão ser penalizados na medida de sua culpabilidade (artigo 3º da Lei nº 12.846/2013).

Assim, de acordo com a sistemática prevista na Lei nº 12.846/2013, os dirigentes ou administradores das pessoas jurídicas só serão responsabilizados pelos atos de corrupção se for comprovado que agiram com dolo ou culpa grave. Ressalte-se, porém, por relevante, que só poderão ser responsabilizados os dirigentes e administradores de pessoas jurídicas que agirem orientados pelo dolo específico de lesionar a probidade da Administração Pública, não alcançando os inábeis e imperitos.

Esse, aliás, sempre foi o entendimento que pautou a responsabilização dos agentes administrativos, por atos de improbidade administrativa, como se extrai do seguinte julgado da lavra do Superior Tribunal de Justiça:

O ato ilegal só adquire os contornos de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-intenção do administrador, caracterizando a conduta dolosa; a aplicação das severas sanções previstas na Lei 8.429/92 é aceitável, e mesmo recomendável, para a punição do administrador desonesto (conduta dolosa) e não daquele que apenas foi inábil (conduta culposa). (STJ. REsp 1186192/MT, 1ª Turma. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julg. 12.11.2013. DJe, 02 dez. 2013, grifos nossos)

Note-se que o regime jurídico de responsabilização das pessoas físicas envolvidas em atos de corrupção é diverso do das pessoas naturais; enquanto para estas a responsabilidade é objetiva, para aquelas a responsabilidade é subjetiva.

Daí porque o §1º do art. 3º da Lei 12.846/2013 prevê que “a pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais”. Trata-se de previsão que vai ao encontro do atual posicionamento

¹⁸ Cf. BACELLAR FILHO. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. *Interesse Público – IP*, p. 11-47.

do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, como se extrai da seguinte passagem do voto do Exmo. Ministro Dias Toffoli:

Ainda que assim não fosse, no que concerne à norma do §3º do art. 225 da Carta da República, não vislumbro, na espécie, qualquer violação ao dispositivo em comento, pois a *responsabilização penal da pessoa jurídica independe da responsabilização da pessoa natural*. (STF. RE nº 628.582-AgR/RS, 1ª Turma. Rel. Min. Dias Toffoli. julg. 06.09.2011. *DJe*, 10 out. 2011, grifos nossos)

Diante do exposto, é possível concluir esse item no sentido de que, embora a Lei nº 12.846/2013 tenha criado uma nova hipótese de responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção, isso não significa que tenha sido adotada a responsabilização pelo risco integral. Uma interpretação nesse sentido constituiria uma violação ao princípio da segurança jurídica, pilar estrutural de um Estado Democrático de Direito.

2.2 Do estabelecimento da responsabilidade solidária entre entidades coligadas e consorciadas por atos de corrupção

Outro tema digno de nota é a previsão do artigo 4º, §2º, do referido diploma que estabelece a responsabilidade solidária entre as entidades coligadas e consorciadas pela prática de atos de corrupção. Confira-se o teor do dispositivo:

Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária. [...]

§2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, *as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei*, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado. (grifos nossos)

Não se trata, porém, de inovação na matéria.

Não obstante o artigo 278, §1º,¹⁹ da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas) preveja que as sociedades consorciadas se obrigam nos limites contratuais, não se presumindo solidariedade entre elas, o artigo 33, inciso V, da Lei nº 8.666/1993 e o artigo 51 do Decreto nº7581, de 11 de outubro de 2011, que regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) estabelecem um regime de solidariedade entre os consorciados perante a Administração contratante. Confira-se o teor dos dispositivos:

¹⁹ “Art. 278. [...] §1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade”.

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

V - responsabilidade *solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio*, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

Art. 51. Quando permitida a participação na licitação de pessoas jurídicas organizadas em consórcio, serão observadas as seguintes condições:

§1º O instrumento convocatório deverá exigir que conste cláusula de *responsabilidade solidária*:

I - no compromisso de constituição de consórcio a ser firmado pelos licitantes; e

II - no contrato a ser celebrado pelo consórcio vencedor. (grifos nossos)

Isso se justifica, na medida em que, nos pactos celebrados com a Administração Pública, as sociedades organizadas em consórcio são consideradas como um único prestador de serviços, o que traz significativos benefícios para a fiscalização e para a qualidade dos serviços prestados nesses ajustes. No mesmo sentido, Marçal Justen Filho ressalta a necessidade de os consorciados unirem solidariamente seus esforços para a execução do contrato celebrado com o Poder Público:

A responsabilidade solidária entre as consorciadas, prevista na Lei 8.666/93, faz surgir uma espécie de sociedade de fato, em que todos os atos praticados individualmente se comunicam aos demais consorciados. Isso decorre da necessidade de o consórcio comparecer perante a Administração como unidade (união de esforços, bens e recursos financeiro).²⁰

Essa a lógica que deve orientar a interpretação deste dispositivo, pois a sublinhar a solidariedade entre os consorciados e as sociedades coligadas, para fins de responsabilização por atos de corrupção, a norma visa justamente ao fim de facilitar a persecução e responsabilização de todos os agentes econômicos envolvidos nessas práticas. Trata-se, também, de previsão em consonância com a jurisprudência administrativa do Tribunal de Contas da União, vazada nos seguintes termos:

Estabeleça a responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato, conforme determina o inciso V do art. 33 da Lei nº 8.666/1993. (TCU. Acórdão nº 2.813/2004, 1ª Câmara)

Portanto, entende-se como legítima a ênfase da solidariedade entre entidades coligadas e consorciadas, para fins de responsabilização por atos de corrupção, porquanto facilitará a persecução judicial de tais atos em conglomerados econômicos. A consequência prática está no fato de que o agente econômico responsável pela

²⁰ JUSTEN FILHO. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 361.

prática de corrupção poderá ser demandado individualmente, administrativa e judicialmente, em razão de ato em benefício de todo grupo econômico, cabendo, contudo, eventual ação regressiva em face dos seus demais integrantes.

2.3 Dos tipos administrativos que se configuram como “atos de corrupção”

O artigo 5º, incisos I, II e III, da Lei nº 12.846/2013 prevê os tipos administrativos gerais, que se configuram como atos de corrupção, nos seguintes termos:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados [...].

A primeira conduta punível é a de “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada” se assemelha ao crime de corrupção ativa, previsto no art. 333 do Código Penal.²¹

Trata-se de tipo administrativo formal,²² que, para sua consumação, independe de seu consequente resultado. A lesão ao bem jurídico tutelado por este dispositivo se dá pela simples oferta de quantia financeira pelo particular, independentemente se o servidor público aferiu acréscimos patrimoniais.

Distintamente, para que sejam tipificadas as “condutas de financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos de corrupção” e de “utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados, para sua caracterização”, cumpre que reste comprovado, no bojo do processo administrativo sancionatório, que a autoridade pública, efetivamente, recebeu os recursos privados.

²¹ “Art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício [...]”.

²² Nesse ponto, é relevante fazer-se um paralelo com o Direito Penal, ramo do direito que conceito o crime formal com aquele no qual só exige-se a conduta para que ocorra a consumação. Nesse sentido, a Súmula nº 96 do STJ estabelece que “o crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida”.

Trata-se, aqui, de tipo administrativo material, pois que depende de um consequente resultado para a sua consumação.

Os atos de corrupção, no tocante a licitações e contratos administrativos, estão previstos nas alíneas “a”, “b”, “c”, “d” e “f” do inciso IV do mesmo dispositivo, nos seguintes termos:

Art. 5º [...]

IV - no tocante a licitações e contratos:

- a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
- e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
- g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública [...].

Trata-se de condutas que dependem da comprovação do dolo específico do agente privado de violar o princípio da competitividade das licitações.²³

Note-se que a maior parte dos tipos previstos nesse dispositivo diz respeito à prática de condutas colusivas em procedimentos licitatórios (cartéis).

²³ Trata-se de uma diretiva presente no Tratado da CE, como um instrumento para o atendimento dos objetivos da União Europeia. Confira-se: “1. Para alcançar os fins enunciados no artigo 2º, a ação da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado: g) Um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno”.

Tamanha é a preocupação com esses acordos horizontais entre concorrentes (cartéis), que o Brasil assinou, em conjunto com a Argentina, Paraguai e Uruguai, em 17 de dezembro de 1996, o Protocolo de Fortaleza, dispondo sobre as reprimendas que devem ser aplicadas pelos países do Mercosul, nos casos em que se configure este ilícito concorrencial:

“Art. 6º As seguintes condutas, além de outras, na medida que configurem as hipóteses do art. 4º, caracterizam práticas restritivas da concorrência: [...] VI - ajustar preços ou vantagens que possam afetar a concorrência em licitações públicas; [...] Art. 20. A Comissão de Comércio do Mercosul, levando em consideração o parecer ou as conclusões do Comitê de Defesa da Concorrência, se pronunciará mediante a adoção de Diretiva, definindo as sanções a serem aplicadas à parte infratora ou as demais medidas cabíveis ao caso. §1º As sanções serão aplicadas pelo órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliada a parte infratora. [...] Art. 28 Em caso de violação às normas do presente Protocolo, aplicar-se-ão as seguintes sanções, cumulada ou alternativamente: I - multa, baseada nos lucros obtidos com a prática infratora, no faturamento bruto ou nos ativos envolvidos, a qual reverterá a favor do órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliada a parte infratora; II - proibição de participar de regimes de compras públicas em quaisquer dos Estados Partes, pelo prazo que determinar; III - proibição de contratar com instituições financeiras públicas de quaisquer dos Estados Partes, pelo prazo que determinar”.

A prática de condutas cartelizadas pelos licitantes viola o princípio da livre concorrência e o direito ao desenvolvimento nacional, como se expôs em artigo específico sobre o tema:

No campo das contratações públicas, os cartéis impedem que o Estado empregue recursos para o atendimento de outras necessidades da população, posto que a fixação de preços excessivos e artificiais faz com que os recursos públicos, que poderiam ser aplicados em outras políticas públicas, sejam direcionados para a maximização dos lucros do empresariado. Com essas condutas, tem-se uma violação ao dever de desenvolvimento nacional, que se apresenta como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso II, da CRFB); por isso se torna imperioso o estudo da formatação de procedimentos licitatórios, que possam diminuir as possibilidades de se configurarem esses acordos ilícitos entre concorrentes.²⁴

Por esta razão, sugere-se que as comissões julgadoras dos atos de corrupção, antes de aplicarem as sanções previstas no Diploma em comento, se orientem pelas recomendações da extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE), no que se refere à aferição dos atos que frustrem os objetivos dos procedimentos licitatórios, verificando:

1. Se as propostas apresentadas possuem redação semelhante ou os mesmos erros e rasuras;
2. Se certos fornecedores desistem, inesperadamente, de participar da licitação;
3. Se há empresas que, apesar de qualificadas para a licitação, não costumam apresentar propostas a um determinado órgão, embora o façam para outro;
4. Se existe um padrão claro de rodízio entre os vencedores das licitações;
5. Se existe uma margem de preço estranha e pouco racional entre a proposta vencedora e as outras propostas;
6. Se alguns licitantes apresentam preços muito diferentes nas diversas licitações que participam, apesar de o objeto e as características desses certames serem parecidos;
7. Se o valor das propostas se reduz significativamente quando um novo concorrente entra no processo (provavelmente não integrante do cartel);
8. Se um determinado concorrente vence muitas licitações que possuem a mesma característica ou se referem a um tipo especial de contratação;
9. Se existe um concorrente que sempre oferece propostas, apesar de nunca vencer as licitações;

²⁴ Cf. FREITAS. O combate aos cartéis nas licitações: visando à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, p. 169-204.

10. Se os Licitantes vencedores subcontratam concorrentes que participaram do certame; se os Licitantes que teriam condições de participar isoladamente do certame apresentam propostas em consórcio.

Por meio desse procedimento, a autoridade administrativa terá reais chances de identificar atos de corrupção que ponham em xeque o atendimento dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da isonomia nos procedimentos licitatórios — todos previstos no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993.²⁵

Por derradeiro, ressalte-se que o processo administrativo sancionador que vise à persecução dos atos de corrupção deve ser pautado pelo princípio da verdade real,²⁶ de sorte a que a Administração possa, de forma proativa, efetuar diligências para obter novas provas para que seja descoberta a verdade ocorrida na realidade fenomênica.

2.4 Das sanções previstas na Lei Anticorrupção e a circunstancia atenuante de **compliance**

O artigo 6º da referida lei prevê, na esfera administrativa, a aplicação das seguintes sanções pela prática de atos de corrupção:

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

§1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

²⁵ “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da *impessoalidade*, da *moralidade*, da *igualdade*, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos” (grifos nossos).

²⁶ Juan Carlos Cassagne aborda exatamente esse ponto: “La diferencia de lo que acontece en el proceso judicial donde el juez circunscribe su función jurisdiccional a las afirmaciones y pruebas aportadas por las partes, siendo ellas el único fundamento de la sentencia, en el procedimiento administrativo, el órgano que lo dirige e impulsa ha de ajustar su actuación a la verdad objetiva o material, con prescindencia o no de lo alegado y probado por el administrado. De esta manera, el acto administrativo resulta independiente de la voluntad de las partes, a la inversa de lo que acontece en el proceso judicial, donde el acuerdo de los litigantes obliga al juez. El principio de la verdad material u objetiva ha sido introducido en la ley de procedimientos administrativos vigente en el orden nacional y aparece reconocido en algunas leyes provinciales” (*Derecho administrativo*, v. 2, p. 321).

§2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

§3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

§4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$6.000,00 (seis mil reais) a R\$60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

Como se pode extrair do dispositivo citado, as penalidades administrativas de multa são estipuladas em valores vultosos, razão pela qual a autoridade administrativa deverá atuar, com parcimônia, na aplicação dessas penalidades, sob pena de inviabilizar a própria atividade da pessoa jurídica; do contrário, restará violado o princípio da liberdade de iniciativa, que é fundamento da República e da Ordem Econômica (artigo 1º, inciso IV e 170, *caput*,²⁷ da CRFB) e da função social da empresa (artigo 116 da Lei nº 6.404/1976).

E assim cumpre ser, até mesmo porque, no Direito Administrativo Sancionatório contemporâneo, a sanção é um dos meios para o atendimento do interesse público, mas não o único, nem, muito menos, o melhor.

Assim é que, sob o manto do princípio da consensualidade administrativa, as entidades administrativas devem considerar a aplicação de penalidades — como manifestação típica do seu poder de império — como *ultima ratio*. Nesse sentido, confira-se Carlos Ari Sunfeld e Jacinto Arruda:

No Direito contemporâneo, com o aumento da complexidade regulatória, cada vez mais se ampliam os meios postos à disposição dos reguladores para conduzir os comportamentos dos regulados na direção do interesse público. *Castigar é só um desses meios — aliás, um velho meio. Mas a punição não é um fim em si mesmo: é simples instrumento da regulação, para obter os fins desejados. Como os mesmos fins muitas vezes são atingíveis de modo mais rápido, mais barato, mais certo — e mesmo de modo mais justo — com a utilização de meios alternativos, cada vez mais o Direito os vem valorizando.*²⁸ (grifos nossos)

A sanção administrativa deve, portanto, ter natureza instrumental, isto é, não se constitui como um fim em si, mas como um dos meios — e não o único — para se evitar o descumprimento de uma obrigação jurídica e para viabilizar a prossecução do interesse público tutelado.

²⁷ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. [...] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”.

²⁸ Cf. SUNDFELD; CÂMARA. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, p. 9-26.

Destarte, deve-se destacar as funções de prevenção geral (para todos os potenciais infratores) das de prevenção especial (para o próprio infrator, em particular). Em nenhuma hipótese, portanto, a sanção administrativa deve ter fins *acarre-cadatórios*, como bem observado por Floriano de Azevedo Marques Neto e Tatiana Cymbalista:

Seria absurdo trazer à baila raciocínio lastreado em perda ou ganho econômico para a Agência em decorrência da celebração de acordo substitutivo. É evidente que essa preocupação não é legítima aos olhos da pauta regulatória a ser observada e ponderada pelo órgão regulador quando de sua escolha com relação ao acordo. Os órgãos reguladores são depositários do papel de representante da sociedade e, como tal, arrecadam e utilizam as sanções pecuniárias que aplicam. Os valores correspondentes são direcionados para os seus cofres exatamente para que, por sua ação, ela repare direta ou indiretamente os danos regulatórios trazidos pela transgressão.²⁹

Daí porque a comissão julgadora, ao fixar as sanções que serão aplicadas em decorrência de um ato de corrupção, deve observar o princípio da proporcionalidade, considerando os aspectos subjetivos do infrator e objetivos da infração. Nesse sentido, um dos subscritores do presente ensaio já teve a oportunidade de asseverar, em coautoria com Flávio Amaral Garcia, que:

No campo do Direito Administrativo Sancionador, a norma deve, obrigatoriamente, estabelecer tipos delitivos que guardem correlação lógica com a aplicação de sanções que sejam proporcionais aos ilícitos administrativos cometidos ou, expresso de outra forma, tipos que correspondam a condutas que efetivamente revelem desconformidade com bens jurídicos merecedores de proteção.³⁰

Não é por outra razão que o artigo 7º do referido Diploma prescreve que serão levados em consideração, na aplicação das sanções: a gravidade da infração; a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; a consumação ou não da infração; o grau de lesão ou perigo de lesão; o efeito negativo produzido pela infração; a situação econômica do infrator e o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesadas.

É digna de nota a previsão no artigo 7º, inciso VIII, da Lei referida, que prevê como circunstância atenuante o fato de o agente sancionador dispor de uma estrutura interna de prevenção de atos de corrupção:

²⁹ Cf. MARQUES NETO; CYMBALISTA. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, p. 51-68.

³⁰ Cf. MOREIRA NETO; GARCIA. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, p. 9-28.

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; [...].

Trata-se de preceito que, de forma inovadora, fomentará a criação de estruturas intestinas nas pessoas jurídicas, cujos objetivos serão a prevenção e a detecção destes ilícitos (*compliance*).

Entende-se que tais estruturas devem ser formatadas a partir de um diagnóstico e de um prognóstico de condutas realizadas pelos funcionários dessas corporações, de modo a que nelas possam ser reduzidos os riscos da prática de corrupção.

Num segundo momento, deverão ser expedidas normatizações internas que orientem as relações dos interlocutores dessas corporações com Poder Público. Uma diretriz inicial a ser seguida para se levar a efeito essa modelagem seria a utilização dos parâmetros previstos no Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994, que aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal.

Ressalte-se, todavia, que tal dispositivo carece de regulamentação, tendo eficácia contida, pois à medida que as empresas ainda não sabem em que moldes deverão se constituir tais estruturas, as autoridades administrativas, quando da entrada em vigor desta Lei, não poderão deixar de aplicar tal atenuante, caso tais estruturas de *compliance* não estejam de acordo com seus próprios parâmetros.

Portanto, se ainda não há uma previsão regulamentar, genérica e abstrata, de como esses procedimentos internos de integridade devem ser constituídos, tem-se que a desconsideração, pelas autoridades administrativas, dos atos internos elaborados, no período de *vacatio* da Lei Anticorrupção, será ato pautado pelo arbítrio, maculado pela pecha do desvio de finalidade, por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV,³¹ da CRFB) e da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII,³² da CRFB).

Por outro lado, quando tal dispositivo for regulamentado, estipulando-se os requisitos que devem ser atendidos para a instituição dos referidos programas de *compliance*, entende-se que a aplicação desta atenuante, pela autoridade administrativa, se configurará como um *ato administrativo vinculado*. Isto é, preenchidos os requisitos previstos no regulamento, não há qualquer margem de escolha de atuação da comissão julgadora do ato corrupção em aplicar, ou não a referida benesse.

³¹ “Art. 5º [...] LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

³² “Art. 5º [...] LVII - Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

2.5 Da previsão do acordo de leniência

O art. 16 da referida lei, por sua vez, importou do Direito Concorrencial³³ o instituto do acordo de leniência:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Trata-se de acordo substitutivo: atos administrativos complexos, por meio dos quais a Administração Pública, pautada pelo princípio da consensualidade, flexibiliza sua conduta imperativa e celebra com o administrado um acordo, que tem por objeto substituir, em determinada relação administrativa, uma conduta, primariamente exigível, por outra secundariamente negociável.

Por meio desta via negocial, a Administração Pública opta por uma atuação consensual, que lhe é aberta em hipóteses legalmente previstas, de sorte a tutelar, de forma mais eficiente, o interesse público primário que está a seu cargo. É relevante destacar-se que, nesses atos, a Administração não dispõe sobre direitos públicos, mas sobre as vias formais para satisfação do interesse público envolvido. De resto, o ordenamento jurídico brasileiro está repleto de previsões de acordos substitutivos, tais como o que ora se comenta.³⁴

³³ No âmbito do Direito Concorrencial, o acordo de leniência tem previsão no art. 86 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011: “Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. §1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo”.

³⁴ Como exemplos de atos reguladores de caráter normativo, instituidores de acordos substitutivos, destacam-se a Resolução de Diretoria Colegiada RDC/57, da Agência Nacional de Saúde (ANS), que disciplina o termo de compromisso de ajuste de conduta no âmbito administrativo regulatório setorial daquela autarquia, e a Resolução nº 442/04, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que dispõe sobre o termo de compromisso de ajuste de conduta nas matérias de sua competência deslegalizada, a Resolução nº 33/2008, da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que estabelece critérios e procedimentos para celebração de Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta entre esta autarquia e as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica, a Resolução nº 987/2008, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), que estabelece o procedimento de fiscalização e aplicação de sanções administrativas neste setor regulado.

O §1º do artigo em comento exige, porém, que, para que possa ser celebrado o acordo de leniência, a pessoa jurídica beneficiária atenda três requisitos: (1) seja a primeira se manifestar; (2) que cesse completamente sua participação no ilícito; e (3) que admita sua participação e coopere plena e permanentemente com as investigações.

Não obstante a utilidade desse instituto da administração pública consensual, o terceiro requisito para sua celebração desta Lei se encontra maculado pela pecha da inconstitucionalidade.

Isso porque “a admissão da participação no ilícito” corresponde, ao fim e ao cabo, em fazer prova contra si, o que viola o disposto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República e o artigo 14, 3, “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do qual o Brasil é signatário. Nesse sentido, confira-se a seguinte decisão de lavra do Supremo Tribunal Federal:

1. “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:” [...] “g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada” (artigo 14, 3, “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos). Esse efetivo direito a não se auto-incriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do processo acusatório e do direito à presunção de não-culpabilidade. A revelar que o processo é o meio de plena demonstração da materialidade do delito e da autoria. 2. A confissão extrajudicial retratada em Juízo constitui circunstância atenuante (alínea “d” do inciso III do art. 65 do CP), quando embasar a sentença penal condenatória. O que se deu no caso concreto. 3. Ordem concedida. (STF. HC nº 91.654/PR, 1ª Turma. Rel. Min. Carlos Britto. Julg. 08.04.2008. *DJe*, 07 nov. 2008)

No mais, ressalte-se que, ao celebrar tal acordo, a pessoa jurídica poderá obter a isenção das sanções previstas no inciso II do artigo 6º (publicação da condenação) e do inciso IV do artigo 19 (proibição de receber incentivos, subsídios, empréstimos etc.), além da redução da multa administrativa em até dois terços, não ficando desobrigada, contudo, de reparar o dano causado à Administração.

Conclusões

Diante do exposto, é possível resumir, em proposições objetivas, as conclusões extraídas desse ensaio:

1. A Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) é constitucional, porquanto extrai seu fundamento de validade do sistema constitucional da moralidade administrativa previsto na Constituição (artigos 5º, LXXIII; 14, §9º; e 37, *caput*). Trata-se de hipótese de eficácia exógena do princípio da moralidade administrativa que estende seus efeitos aos particulares;

2. A referida lei, em seu artigo 2º, institui uma nova hipótese de responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas. Não obstante, é relevante destacar-se que não se trata de responsabilidade pelo risco integral, de sorte que, caso a pessoa jurídica acusada de atos de corrupção logre comprovar o rompimento do nexo de causalidade do ato com a sua conduta, não há que se falar na aplicação das sanções previstas nos artigos 6º e 19 da Lei;
3. No artigo 4º, §2º, da Lei Anticorrupção foi instituída uma hipótese de responsabilidade solidária entre sociedades controladas e consorciadas. Trata-se de previsão que vai ao encontro da sistemática prevista no ordenamento jurídico administrativo que considera os consorciados como um único agente, para os fins de seus relacionamentos com a Administração Pública;
4. Para a configuração dos atos de corrupção previstos nas alíneas “a”, “b”, “c”, “d” e “f” do inciso IV do artigo 5º da referida lei é indispensável comprovação do dolo específico do agente em violar o princípio da competitividade das licitações;
5. Ao aplicar as sanções previstas no artigo 6º da referida, a autoridade administrativa deverá atuar, com parcimônia, sob pena de inviabilizar a própria atividade da pessoa jurídica; do contrário, restará violando o princípio da liberdade de iniciativa, que é fundamento da República e da Ordem Econômica (artigo 1º, inciso IV e 170, *caput*, da CRFB) e da função social da empresa (artigo 116 da Lei nº 6.404/1976); no que se refere à atenuante da instituição de uma estrutura de *compliance*, entende-se que se trata de norma de eficácia contida e de um ato administrativo vinculado;
6. A previsão da celebração do acordo de leniência previsto no artigo 16 do referido diploma se configura como uma típica hipótese de acordo substitutivo. Tal disciplina, contudo, ao prever confissão obrigatória do acusado, se encontra maculada *pela pecha da inconstitucionalidade*, por violação ao artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República e do artigo 14, 3, “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do qual o Brasil é signatário.

Referências

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. *Interesse Público – IP*, v. 2, n. 6, p. 11-47, abr./jun. 2000.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002. v. 2.

FREITAS, Rafael Véras de. O combate aos cartéis nas licitações: visando à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, v. 9, n. 33, p. 169-204, jan./mar. 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 51-68, out./dez. 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Relatório sobre a aplicação da Convenção sobre o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais e a Recomendação Revisada de 1997 sobre o Combate ao Suborno em Transações Comerciais Internacionais da OCDE de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/avaliacao2_portugues.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 9-26, jan./mar. 2011.

